

Radicación: 16-223755 – Caso “Asociación Público Privada Bogotá - Girardot”

Resolución No. 61737 del 1 de octubre de 2020. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio, en cumplimiento de sus atribuciones legales, es la entidad encargada de adelantar las investigaciones administrativas con el fin de verificar el cumplimiento del régimen de la libre competencia económica; actuaciones que buscan velar por la observancia de las normas del régimen de la libre competencia económica, buscando cumplir con tres propósitos: (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica (artículo 2 Ley 1340 de 2009).

[P]ara hallar a una persona, agente de mercado o vinculada a este, responsable de una infracción a una disposición normativa del régimen de la libre competencia económica debe existir prueba suficiente dentro del expediente administrativo; prueba o pruebas que sustenten y demuestren que la conducta imputada a los investigados en la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, realizada por la Delegatura para la Protección de la Competencia, en efecto ocurrió. Frente al particular debe afirmarse que, si bien no se requiere tener certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad por la infracción del régimen – como ocurre en materia penal–, lo cierto es que si deben existir medios de prueba que permitan llegar a la conclusión de que se violó la libre competencia económica. Todo lo anterior, en el marco del adelantamiento de las etapas del procedimiento contemplado para tal fin en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 19 de 2012.

[L]a libre competencia económica en Colombia es un derecho colectivo de rango constitucional, el cual conlleva la responsabilidad de quienes desarrollen actividades económicas de respetar y acatar las normas legales sobre libre competencia que prohíben la realización de ciertas conductas. El Estado tiene el deber de garantizar la efectividad de dicho derecho a través de la intervención y vigilancia que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia. Tal atribución se materializa mediante el despliegue del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia, el cual se encuentra previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 019 de 2012.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Intervención de terceros

En el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia que adelanta esta Entidad, el legislador previó la posibilidad de que cualquier persona que acredite un interés directo e individual en la investigación pudiese participar del mismo, aportando pruebas o las consideraciones que estime relevantes. Esta posibilidad se encuentra señalada en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, el cual dispone:

*“**Artículo 19. Intervención de terceros.** <Inciso modificado por el artículo [157](#) del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.*

Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados.

La Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos. Ningún tercero tendrá acceso a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva.

De la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías se correrá traslado a los terceros reconocidos por el término que la Superintendencia considere adecuado.

PARÁGRAFO. *Adiciónese el tercer inciso del artículo [52](#) del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor: “Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de haberlos”.*

De lo señalado por este artículo debe reiterarse que se regulan los siguientes aspectos:

“(i) Quiénes pueden ser terceros interesados

(ii) El término para aportar consideraciones y pruebas

Resolución No. 61737 del 1 de octubre de 2020. Recurso de reposición

(iii) El derecho que tienen los investigados a que se les corra traslado de lo aportado por los terceros

(iii) La prohibición de los terceros interesados de acceder a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva

(iv) El derecho que tienen los terceros interesados reconocidos de que se les corra traslado de la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías, así como del informe motivado

Adicional a estos aspectos, debe señalarse que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, también establece el derecho que tienen los terceros interesados en asistir y participar de la audiencia verbal para que puedan presentar de forma verbal los argumentos que pretenden hacer valer en la investigación”.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Etapas del procedimiento

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, establece el procedimiento aplicable a la actuación administrativa adelantada por esta Entidad por las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia. Este artículo dispone:

“Artículo 52. Procedimiento. *<Artículo modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.*

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”.

[E]l procedimiento por prácticas restrictivas de la libre competencia que adelanta esta Superintendencia comprende tres etapas: (i) preliminar o de averiguación preliminar, (ii) investigación y (iii) decisión.

En primer lugar, la etapa preliminar o de averiguación preliminar inicia una vez una persona presenta una denuncia ante la Delegatura para la Protección de la Competencia o cuando la Superintendencia de oficio decide comenzar la actuación administrativa. Es decir, la actuación arranca una vez se forma el expediente administrativo (artículo 36 del CPACA). A lo largo de esta etapa, la Delegatura recauda las pruebas que considera pertinentes, útiles y conducentes con el fin de verificar si existe mérito o no para iniciar una investigación formal. Para cumplir con tal propósito, la Superintendencia de Industria y Comercio hace uso de las facultades otorgadas por el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, especialmente las previstas en los numerales 62, 63 y 64 y, por ende, adelanta visitas de inspección administrativa, practica declaraciones y requiere todo tipo de información. Según el Consejo de Estado, esta etapa se caracteriza por ser informal y facultativa. Ha referido el alto tribunal:

Resolución No. 61737 del 1 de octubre de 2020. Recurso de reposición

[E]l objetivo de esta etapa no es otro que recaudar información para verificar el cumplimiento de las disposiciones que integran el régimen de la libre competencia y, en caso tal de encontrar que pudo haber existido una infracción a tales normas tomar la decisión de iniciar una investigación. Adicionalmente, se recalca el hecho que sea facultativa a diferencia de la etapa subsiguiente que es la de investigación. Adicional a las dos características ya mencionadas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha enfatizado que esta etapa tiene el carácter de reservada, puesto que para ese punto de la actuación no existen investigados como tal, es decir los administrados involucrados en la actuación administrativa no tienen la calidad de partes. Dicha condición únicamente se otorgará en el caso en que la Superintendencia determine que existe mérito para iniciar una investigación y así proferir el acto de apertura.

[D]e considerar que existen suficientes elementos de juicio que lleven a concluir que pudieron presentarse tales infracciones –conclusión preliminar que puede ser desvirtuada por los investigados durante la etapa de investigación–, la Delegatura abrirá investigación y formulará pliego de cargos vinculando a los administrados que presuntamente hubiesen cometido dichas conductas, quienes tendrán la calidad de investigados y podrán defenderse, aportando y contradiciendo las pruebas existentes. Lo anterior encuentra fundamento en la reciente sentencia C-165 de 2019, la cual, a pesar de haber analizado la constitucionalidad de una norma de la Ley 1480 de 2011, sirve como precedente constitucional en torno a las visitas de inspección administrativa y lo que ocurre en la etapa en que estas se adelantan.

Conforme lo establecido en la jurisprudencia vigente, el hecho de que en esta etapa de la actuación no existen partes como tal, es decir no existen investigados, ha sido reiterado por esta Entidad en los siguientes términos:

“Teniendo claro lo anterior, en el marco de la averiguación preliminar al no haber una investigación formal no se encuentra presente el derecho de defensa en ninguna de sus dimensiones. Una vez, se abre investigación –esto con la Resolución de Apertura– el derecho de defensa, en sus dos dimensiones, se materializa”.

(...)

“De tal manera, se debe recordar a los investigados que la etapa de averiguación preliminar es una actuación de la administración que no está sujeta a formalidad alguna, no es obligatoria y tiene como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación, como lo ha reconocido el Consejo de Estado. Además, dicha etapa tiene carácter reservado y aún no se ha vinculado a ninguna persona, en la medida que los presuntos infractores no han sido identificados y, por lo mismo, en esta etapa existe una manifiesta imposibilidad fáctica y jurídica para notificar a una “persona determinada” de cualquier decisión de impulso de las funciones de inspección, vigilancia y control que se llegare a adoptar.

Como puede observarse, es importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite. Se insiste, la etapa de averiguación preliminar tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

(...)

Como puede observarse, es importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite. Se insiste, la etapa de averiguación preliminar tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

Bajo ese contexto, esta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de facultades constitucionales y legales para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley”. (Subraya de texto original).

(...)

“Además, los efectos de estar en la etapa preliminar o de averiguación preliminar no son distintos frente a las actuaciones y a la aplicación de los derechos de contradicción y de defensa que en cualquiera de esos momentos procesales les asiste a los investigados. En tal sentido, al realizar una visita de inspección administrativa –independientemente de si existe o no memorando de averiguación preliminar– las personas visitadas no pueden recurrir esa decisión, sin embargo, esto no quiere decir que de manera posterior no puedan controvertir y defenderse respecto de las pruebas recaudadas en esas diligencias”.

Resolución No. 61737 del 1 de octubre de 2020. Recurso de reposición

[L]as características de la etapa de averiguación preliminar son la de ser informal, facultativa y reservada. Adicionalmente, el objeto de la misma se reduce al recaudo de información con el fin de que la Superintendencia verifique si pudo haber existido una infracción a las disposiciones normativas sobre libre competencia, situación que implicará que haya mérito o no para iniciar una investigación formal. Hecho que además genera que la Delegatura, de llegar a formular pliego de cargos, haya arribado a una conclusión preliminar que puede ser desvirtuada por los investigados a lo largo de la etapa de investigación, etapa en la cual como lo ha referido la Corte Constitucional activa de manera plena el derecho fundamental de defensa, a través del aporte y contradicción de pruebas, el cual no se presenta en la etapa de averiguación preliminar toda vez que en esta los administrados no tienen la calidad de investigados. Esto además implica que el juicio que realiza la Delegatura al momento de tomar la decisión de formular pliego de cargos es menos riguroso que el que debe hacer el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio en el marco de la etapa de decisión, con el fin de decidir si, en efecto, existió la infracción a las disposiciones sobre libre competencia.

[L]a segunda etapa del procedimiento administrativo sancionatorio –la de investigación–, inicia con la apertura de investigación, es decir, con el acto mediante el cual el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia formula pliego de cargos a las personas, naturales o jurídicas, que presuntamente hubiesen violado el régimen de la libre competencia económica y culmina con la expedición del informe motivado. Durante esta etapa los investigados tienen el derecho de defenderse, solicitar y aportar pruebas, participar de la práctica de las mismas y presentar sus alegatos finales. Así, durante la investigación se surte la etapa probatoria y se realiza, una vez finalizada dicha práctica de pruebas la audiencia verbal prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

[E]s durante esta etapa que las partes del proceso adquieren la calidad de investigados, se activa el derecho de defensa y contradicción y se practican pruebas, las cuales se incorporarán al expediente administrativo y se sumarán a las ya recaudadas o practicadas durante la etapa preliminar o de averiguación preliminar. De esta forma, al final de la etapa de investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia cuenta con todos los elementos de juicio para recomendar al Superintendente de Industria y Comercio declarar la responsabilidad administrativa de los investigados y, por ende, sancionar, o archivar la investigación, conclusiones que quedarán plasmadas en el informe motivado. Estas características han sido reiteradas por esta Entidad de la siguiente manera:

*“En contraste con la fase de averiguación preliminar, a partir de la notificación personal del acto de apertura de la investigación y formulación de cargos se adquiere propiamente la calidad o rol de “investigado” y se cuenta con las oportunidades procesales establecidas en el régimen de protección de la libre competencia económica para ejercer en debida forma el derecho de defensa y contradicción, tal y como lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 al señalar que “[c]uando se ordene abrir una investigación, se **notificará personalmente al investigado** para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer”.*

(...)

“La segunda etapa (etapa de investigación), va desde el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia abre formalmente la investigación, formula pliego de cargos y vincula a las personas que presuntamente infringieron las normas sobre libre competencia hasta que presenta el informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio, en el cual recomienda sancionar o archivar la investigación en favor de los agentes y/o personas investigadas. En el marco de esta los investigados tienen la oportunidad de defenderse –presentando sus descargos–, solicitar y aportar pruebas y, de manera posterior, contradecir y desvirtuar las pruebas que en su contra existan. Es entonces durante esta etapa que se da el debate probatorio”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Finalmente, se encuentra la tercera y última etapa del procedimiento la cual es en la que el Superintendente de Industria y Comercio decide la actuación administrativa. Debe afirmarse que, en caso tal que la decisión sea la de declarar la responsabilidad debe convocarse al Consejo Asesor de Competencia con el fin de que sesione y emita su concepto, el cual no es, en ningún caso, vinculante. A su vez, si la decisión del Superintendente es la de archivar la investigación, el inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 otorga la posibilidad de acoger integralmente los argumentos contenidos en el informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado, situación que ocurrió en el presente caso frente al primero de los cargos.

Posterior a la expedición del acto administrativo sancionatorio o de archivo, los investigados y eventuales terceros interesados cuentan con la posibilidad de recurrir la decisión ante el mismo funcionario. Surtido lo anterior termina la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio y queda agotada la vía administrativa.

[E]s claro que (i) existen distintas etapas al interior del procedimiento por prácticas restrictivas de la libre competencia, cada una de ellas con un objetivo particular y sus características propias; (ii) durante la etapa de averiguación preliminar no existen investigados, pues en ella únicamente se busca recaudar información, por

Resolución No. 61737 del 1 de octubre de 2020. Recurso de reposición

tal razón no hay lugar a defenderse o controvertir pruebas; (iii) los investigados pueden desvirtuar la imputación realizada en el acto de apertura de investigación a través del aporte y contradicción de las pruebas durante la etapa probatoria que se realiza en la etapa de investigación; (iv) las pruebas recaudadas en el marco de la etapa de averiguación preliminar tienen la misma validez que las pruebas que surjan durante la etapa de investigación; (v) corresponderá al Superintendente de Industria y Comercio, quien es el competente para tomar la decisión del trámite administrativo, darle valor a cada una de las pruebas que obren en el Expediente; y (vi) en caso tal de que el informe motivado concluya que no se presentó la infracción administrativa, puede el Superintendente de Industria y Comercio acoger de manera integral los argumentos presentados en dicho documento mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Sana crítica y valoración en conjunto de las pruebas

[C]onviene señalar lo que son las reglas de la sana crítica y el principio de unidad de la prueba. Las reglas de la sana crítica son herramientas que tiene el juez o director del proceso para analizar las pruebas en cada caso concreto. En este sentido, la doctrina ha establecido que las reglas de la sana crítica son pautas para el correcto entendimiento humano. Así, en ellas se encuentran inmersas las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez o director del proceso.

[E]l Consejo de Estado ha indicado que la sana crítica se encuentra estructurada a partir de distintos criterios, entre los cuales se encuentran la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, así como las reglas de la experiencia.

[T]eniendo en cuenta que las reglas de la sana crítica son la herramienta a través de la cual el juez o director del proceso debe tomar la decisión en cada caso particular, uniendo la lógica y la razón sin excesivas abstracciones de orden intelectual, lo cierto es que el mismo artículo 176 del CGP dispone expresamente que tal valoración debe hacerse en conjunto. Esto implica que el funcionario analice integralmente las pruebas que obran en el Expediente, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Señala el artículo 176 del CGP:

“Artículo 176. Apreciación de las pruebas. *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”.*

En relación con el principio de unidad de la prueba o apreciación en conjunto de las pruebas que obran en un expediente, la Corte Constitucional ha sostenido que este implica que “todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral”. Así mismo, el fundamento de este principio “es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad”.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado ha reiterado en distintas ocasiones que el principio de unidad de la prueba implica que el funcionario judicial o quien dirige el proceso y toma la decisión, debe analizar en conjunto las pruebas que obran en el expediente, con el fin de que su análisis sea integral y de esta forma arribar a la certeza de los hechos cuya demostración se busca. De la misma forma, es a partir de la fuerza de convicción que entre las distintas pruebas se encuentre que el juez puede confrontarlas y arribar a conclusiones fundadas en esos medios de prueba.

En consecuencia, de acuerdo con la aplicación de las reglas de la sana crítica y del principio unidad de la prueba al juez o director del proceso se le ha reconocido un amplio poder para determinar los criterios de valoración de la prueba en cada caso concreto, esto sin perjuicio del deber que tiene de expresar la motivación del raciocinio que lo llevó a su convicción. Esto ha sido establecido por el Consejo de Estado, quien indicó:

“En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En concordancia con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, así como en el precedente del Consejo de Estado, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, y en particular, el Superintendente de Industria y Comercio quien es el competente para tomar las decisiones en los procedimientos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la libre

Resolución No. 61737 del 1 de octubre de 2020. Recurso de reposición

competencia, debe observar el principio de unidad de la prueba y realizar el análisis y valoración de los medios probatorios de conformidad con las reglas de la sana crítica. Esta situación fue establecida en Resolución No. 26266 del 5 de julio de 2019 de la siguiente manera:

“A partir de lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia”.

[E]n la etapa de investigación es en la que se desarrolla el periodo probatorio, sin perjuicio de las pruebas recolectadas y practicadas durante la averiguación preliminar. Así, formulado el pliego de cargos los investigados y terceros interesados pueden solicitar y aportar pruebas, con el fin de defenderse y buscar desvirtuar los hechos establecidos en el acto de apertura de investigación. De esta manera, pueden aparecer nuevas pruebas que dejen sin sustento la hipótesis planteada en dicho acto. Es decir, la esencia del periodo probatorio reside en demostrar, fundar y comprobar o no la imputación formulada por la Delegatura. Es así cómo, si el Superintendente de Industria y Comercio estuviera obligado a darle mayor valor en todos los casos a las pruebas recaudadas y practicadas durante la averiguación preliminar, la etapa de investigación, particularmente el periodo probatorio, no tendría ningún sentido y perdería su esencia.

[L]a etapa probatoria sirve a la Entidad para dar luces frente a la posible comisión o no de las conductas anticompetitivas imputadas a los agentes de mercado o personas a ellos vinculadas. De esta manera, se corrobora o no la hipótesis planteada en el acto de apertura de investigación, el cual, debe reiterarse, contiene unas conclusiones preliminares del ejercicio de análisis de las pruebas que para ese momento ha logrado recaudar la Delegatura. En este entendido, corresponderá al Superintendente de Industria y Comercio analizar todas las pruebas recaudadas y practicadas que se hayan incorporado legalmente al expediente administrativo, sin que esté obligado a darle mayor valor o preponderancia a unas u otras.

[D]ebe recordarse que (i) el análisis probatorio que queda plasmado en la resolución de apertura de investigación es preliminar, propio de esa etapa de la actuación y (ii) el objeto de la etapa de investigación es corroborar o desvirtuar las imputaciones formuladas en el referido acto. De esta manera, no puede perderse de vista, que es en la etapa de investigación que los investigados adquieren tal calidad y su derecho de contradicción y defensa se activa, teniendo la posibilidad de desvirtuar las situaciones de hecho y de derecho plasmadas en el acto de apertura. También, que la etapa probatoria se realiza durante la investigación, y en esta puede la administración recaudar, recolectar y practicar las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles para esclarecer los hechos objeto de investigación. En la misma línea, es menester indicar que los indicios que llevaron a la apertura de investigación fueron controvertidos y quedaron desvirtuados con las pruebas legalmente allegadas y practicadas durante el periodo probatorio. Finalmente, no es posible concluir que la utilización de pruebas practicadas o recaudadas durante la etapa de investigación del presente trámite atente contra las normas procesales de los procedimientos administrativos sancionatorios, puesto que no existe norma que exija el deber de fundar la decisión únicamente en los elementos de prueba que se incorporaron al expediente administrativo durante la etapa de averiguación preliminar.

[I]ndependientemente de en qué etapa de la actuación –averiguación preliminar o investigación– se hayan recaudado o practicado las pruebas, siempre que se hayan obtenido e incorporado legalmente al expediente administrativo, estas tienen el valor probatorio que el director del proceso considere deben tener, en ejercicio de las reglas de la sana crítica y la valoración en conjunto. Además, de considerar que únicamente son válidas o que deben tener un mayor valor probatorio las pruebas recaudadas y practicadas en la etapa en la que no existen investigados como tal, no tendría ningún sentido el adelantar la etapa de investigación.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Efectos anticompetitivos de la conducta

*[E]s relevante señalar que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 establece que “se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: (...) Los que tengan **por objeto la colusión** en las licitaciones o concursos o los que tengan **como efecto** la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”. Bajo este artículo debe enfatizarse en que son dos tipos de conductas las que buscó reprochar el legislador, por un lado, las que tengan por objeto la colusión y por el otro, las que tengan como efecto la distribución de contratos, concursos o fijación de términos de propuestas.*

[E]n los casos en los que se investiguen conductas por objeto, no es necesario probar los efectos de los comportamientos supuestamente anticompetitivos. Es decir, primero el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra sujeto para decidir la actuación a lo establecido en la apertura de investigación y, en segundo lugar, en caso tal en que la conducta imputada sea por objeto, el análisis debe limitarse a los elementos que eventualmente den cuenta de la realización de la conducta. De esta manera, en el caso particular, mediante Resolución No. 56979 de 2018 la imputación formulada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de

Resolución No. 61737 del 1 de octubre de 2020. Recurso de reposición

1992 buscó determinar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, es decir que, independientemente de sus efectos este se hubiese materializado. Por ende, el Despacho, en virtud del principio de congruencia se encontraba sujeto a realizar el análisis únicamente frente a los elementos que permitieran vislumbrar la existencia o no del acuerdo colusorio, más allá de realizar análisis cualitativos que demuestren los efectos que la conducta pudo generar en el mercado en particular.

Para sustentar lo anterior, debe afirmarse que esta Entidad ha referido que:

“Este Despacho recuerda que en Colombia, el régimen de libre competencia económica contempla dos modalidades en las que puede presentarse una conducta anticompetitiva. Así, por un lado, están los acuerdos que tienen por objeto afectar de alguna manera la libre competencia en los mercados nacionales y, por el otro, aquellos acuerdos que tengan como efecto afectar de alguna manera la libre competencia en los mercados nacionales.

Las anteriores prácticas comportan un carácter restrictivo de la competencia, de forma que bajo una óptica sancionatoria, ambas resultan reprochables, sin que sea necesario que se acredite en forma conjunta o concomitante el objeto y el efecto, bastando simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

De esta forma, si en el desarrollo de una actuación administrativa sancionatoria se demuestra la existencia de una práctica anticompetitiva por **objeto**, y que ella tiene efectivamente la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el respectivo mercado, la Autoridad de Competencia, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene la obligación de sancionar por **objeto**.

Al respecto, en el ámbito comparado, la doctrina internacional especializada ha reconocido que si una conducta tiene por su objeto afectar la libre competencia, no hay necesidad que la autoridad de competencia se desgaste haciendo un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta. De igual forma, la Corte de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que las prácticas anticompetitivas están prohibidas, sin importar sus efectos, cuando las mismas tienen un objeto contrario a la libre competencia. Incluso, en sus “Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal”, la Comisión Europea menciona que no es necesario examinar los efectos reales o posibles en el mercado de las restricciones por objeto a la libre competencia.

Ahora bien, en el ámbito local, esta Entidad ha establecido en varias ocasiones que sobre las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no es necesario entrar a analizar sus efectos. Así, en Resolución No. 103652 de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que:

“Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que “Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

De todas formas, se reitera que dada la naturaleza de la conducta investigada (por “objeto”) no es exigible a la Autoridad un análisis a profundidad sobre los efectos, dado que, como quedó mencionado anteriormente, bastaba con que fuera demostrada la potencialidad e idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia en los mercados”.